

///nos Aires, 14 de junio de 2019.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**I.** Concita la atención del Tribunal el recurso deducido por la defensa de A. M. B., contra el punto I del auto de fs. 237/245 vta. en cuanto dispuso su procesamiento como coautora del delito de lesiones leves y graves, en concurso ideal entre sí, agravadas por el vínculo.

Realizada la audiencia conforme los lineamientos del art. 454 del CPPN, oportunidad en que el recurrente expresó sus agravios, y la deliberación, las actuaciones están en condiciones de ser resueltas.

**II.** Las pruebas reunidas en el legajo aparecen insuficientes para sostener, del modo en que lo hace el magistrado de la anterior instancia, que B. tuviera efectivo conocimiento del violento trato dispensado por su pareja y consorte de causa A. J. F. A., el cual le causó lesiones graves y leves a su hija, K. S. I. B., de tan solo tres años de edad.

**III.** El imputado A. J. F. A. fue procesado como autor del mismo suceso que se reprocha a la nombrada, y la decisión ha adquirido firmeza al no haber sido recurrida por su defensa (ver el auto de fs. 237/245).

Así las cosas frente a las críticas de la defensa el Tribunal tiene en cuenta que los vecinos de la imputada, M. O., C. G., E. A. G. y S. P. V. (ver fs. 40/vta., 55/56, 57/vta., 174/vta. y 175/176) declararon haber escuchado gritos y llantos por parte de la menor. De esta circunstancia no puede extraerse que B. estuviera al tanto de la magnitud de la golpiza dispensada por F. A. hacia la menor.

De las constancias de atención en el Hospital ..... y ..... surge que la imputada no se hallaba en el su domicilio cuando ocurrió el maltrato (ver testimonio de fs. 51/52, 53, 55/56, fs. 72 vta., 175/176) dado que la niña fue trasladada al lugar por el coimputado. De esta forma no existen pruebas indicativas que permitan concluir en que la imputada hubiera causado las lesiones cometidas por su ex-pareja.

En este sentido, cabe analizar lo manifestado por C. A. G., de cuyo testimonio se extrae que si bien en reiteradas ocasiones había escuchado llorar a la víctima y sentía preocupación por los hijos de la imputada, la testigo fue clara al sostener que al momento del hecho A. no estaba en la vivienda y

que nunca había visto lastimada a la menor. En similar sentido se expidió S. P. V. a fs. 57/vta., quien sostuvo que la procesada no se hallaba en su casa cuando ocurrió el episodio.

En el informe elaborado por el servicio de trabajo social del Hospital ..... se recabaron testimonios de varios parientes de la imputada y se consideró que tanto la damnificada como su hermano, de tan sólo tres años y cuatro meses de vida al momento del suceso, respectivamente, se encontraban en una situación de vulneración de sus derechos (ver fs. 64/65). B. también se hallaba inmersa en el contexto analizado, extremo que motivó la intervención de los organismos pertinentes para tratar esta problemática (ver sólo por caso, fs. 160/162 y 212). Al respecto, su tía M. A. B. declaró ante el Servicio Social que la procesada también había sido víctima de violencia por parte de su ex-pareja (ver fs. 144/145).

Nótese además que la imputada en su descargo sostuvo que debía dejar a sus hijos al cuidado de alguna persona para poder salir a trabajar y obtener así el sustento para su familia (confr. fs. 231/232 vta.).

En efecto, constituye una pauta indiciaria de que no habría participado del hecho que la niña le fue entregada al ser dada de alta por parte del organismo pertinente ante los informes sociales favorables (fs. 160 y siguientes).

Por otra parte, no existen constancias de atención de la menor en otros centros médicos cercanos al domicilio de la niña que pudiera dar cuenta de otro episodio de maltrato por parte de la indagada o el co-procesado F. A. (ver fs. 156/157, 181).

De otro lado, corresponde descartar la figura de omisión impropia en el caso de tipos comisivos (lesiones, arts. 89 y 94 del C.P.). Ello por cuanto lesiona el principio de legalidad al no estar previsto expresamente en el Código Penal (art. 18 de la C.N. y en este sentido, ver la disidencia del Juez Zaffaroni en el precedente de CSJN “R., R. M. y otros”, rto. 20/8/14 **R.730.XLVI**).

En el considerando 10° del voto citado, se valoró que “...*en la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella*

*misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de analogía in malam partem. Por ende, conforme a toda la tradición legislativa, no hay referencia alguna a la omisión que permita inferir la posibilidad de construir analógicamente estos tipos judiciales. En la parte especial, existen numerosos tipos activos correspondientes y con su círculo de autores delimitado (en posición de garante)”.*

Se advierte que B. ha sido indagada en los siguientes términos “...haber permitido, desde su posición de garante, la concreción del hecho ocurrido en una fecha y horario desconocidos -...- en el domicilio ubicado en ... En esa ocasión, dejó al cuidado de A. J. F. -su pareja para ese entonces y con quien convivía- a su hija menor de edad, K. S. I. B. -de tres años de edad, quien también vivía con ella en el sitio mencionado-, pese a tener conocimiento de que el nombrado no trataba correctamente a la menor, por la forma violenta y agresiva en la que se dirigía hacia ella. En consecuencia a lo dicho, por no haber intervenido, ni haberse ausentado del domicilio indicado, su consorte pudo agredir físicamente a la niña -quien no podía defenderse por sí misma-, produciéndole una fractura proximal de fémur izquierdo, un hematoma en [la] parte posterior del muslo derecho y dos hematomas en el cuero cabelludo; siendo la primera de las lesiones descriptas de carácter grave” (ver fs. 219/220).

En ningún momento se le atribuyó la figura de abandono de persona, único supuesto previsto por el ordenamiento represivo en los delitos contra la vida -Título I- como un tipo penal de omisión impropia (art. 106 del C.P.), pues en el caso no se cuenta con elementos probatorios que permitan sostener dicha hipótesis delictiva.

Al respecto, se ha sostenido que “...el delito en su forma de abandono admite la omisión impropia cuando es realizado por el garante (...)”, abandonar consiste en que el autor, que tiene una posición jurídica especial con relación a la víctima, se aleje de ella. Pero no basta la mera separación espacial entre el autor y la víctima: éste tiene que poner en peligro efectivo la vida o la salud de ésta y en su caso concretarse en el resultado, ya sea produciéndose lesiones o afectándose la vida (ver de esta Sala con una

conformación parcialmente distinta, la causa nro. 19937/2016 “C., G. D.”, rta. 11/5/17 y sus citas).

En este aspecto existen varios tipos penales que son impropios de omisión tales como los previstos en los artículos 227 *bis* y 235 2° párrafo, así también la omisión de un acto propio del oficio (art. 249), y la prestación de auxilio (art. 250), y en caso de tortura al funcionario que omitiere evitarla (art. 144 *quater*).

En la misma senda, en la disidencia aludida el juez Zaffaroni -considerando 13°- concluyó que “...*resulta constitucionalmente inadmisibile - por incurrir en una analogía violatoria del principio de legalidad- una imputación por homicidio (que es un tipo activo doloso) basada en una omisión, toda vez que ni siquiera existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo (conf. Fallos: 330:4945 -“Antognazza”-, disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, considerando 8°)*”.

Sentado cuanto precede, los elementos de prueba reunidos en el legajo y la valoración efectuada desvirtúan el reproche e imponen revocar lo decidido y desvincular a la imputada al haberse comprobado que no se encontraba en el lugar del hecho cuando ocurrió y tampoco que tuviera conocimiento de la violencia que ejercía su consorte a su hija K. (art. 336 inc. 2° del CPPN).

**IV.** Atento a las circunstancias que surgen de la causa, deberá darse intervención a la Defensoría de Menores e Incapaces para que evalúe la necesidad de adoptar medidas de protección respecto de la víctima y su hermano menor.

Por los motivos expuestos, el tribunal **RESUELVE:**

**I. REVOCAR** el punto I del auto de fs. 237/245 en cuanto dispuso el procesamiento de A. M. B., cuyas demás condiciones personales constan en la causa, y **SOBRESEERLA**, dejándose asentado que la formación del presente legajo en nada afectó el nombre y honor del que gozare con anterioridad a la formación de la presente (art. 336 inc. 2° del CPPN).

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5

CCC 37458/2018/CA1 "B., A. M.". Procesamiento. J:5 (AR/SGS)

**II. Disponer** que el juez de la anterior instancia dé cumplimiento a lo ordenado en el punto IV de los considerandos.

Se deja constancia que el juez Rodolfo Pociello Argerich no suscribe la presente por hallarse cumpliendo funciones en la Sala IV de esta Cámara al momento en que se realizó la audiencia (art. 24 *bis in fine* del CPPN).

Notifíquese y devuélvase. Sirva la presente de muy atenta nota.

Hernán Martín López

Ricardo Matías Pinto

Ante mí:

Andrea Fabiana Raña  
Secr. Letr. de CSJN

En            se libró cédula electrónica a

En            se remitió. Conste.